



RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE



ISSN 0391-1896

Anno LXX Fasc. 1 - 2016

Stefano A. Cerrato

IL RUOLO DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELL'ARBITRATO SOCIETARIO

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Il ruolo dell'autonomia privata nell'arbitrato societario (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Uno sguardo, a volo d'uccello, sul terreno degli strumenti di risoluzione delle liti societarie. — 3. La modulazione dell'autonomia privata e gli obiettivi di diffusione della « cultura dell'arbitrato ». Eterogenesi dei fini e incoerenze legislative. — 4. L'area della compromettibilità in materia societaria: dalla « disponibilità » dei diritti all'arbitrabilità generalizzata? Spunti *de iure condendo*. — 5. Conclusioni: il coraggio di volare per non restare isolati.

1. — L'arbitrato è stato, storicamente, dominio di studio dei giusprocessualisti ⁽¹⁾. Benché collocato anche dal legislatore, impropriamente forse, nello zibaldone dei « procedimenti speciali » del quarto libro del codice di procedura civile, l'arbitrato è un istituto che ha profonde radici contrattuali poiché nasce e trae la sua legittimazione e forza vitale da un atto sostanziale di autonomia privata consistente in una scelta volontaria di affidarsi ad un meccanismo di risoluzione delle controversie estraneo all'ordinamento giudiziario pubblico indicando anche, entro certi limiti, determinate regole di svolgimento di questo giudizio.

È superfluo ripercorrere *funditus* l'evoluzione del pensiero della nostra dottrina sul tema della qualificazione della convenzione arbitrale. Come è noto, se ne è parlato e se ne parla in termini di negozio « processuale » o, meglio, « ad effetti processuali »: espressione che non deve tuttavia essere fraintesa poiché la convenzione non è un atto processuale bensì un negozio di diritto privato che genera (non diritto od obblighi di contenuto solo sostanziale bensì) un procedimento complesso destinato a concludersi con un atto al quale la legge riconosce gli effetti della pronuncia del giudice statale.

Nonostante questa centralità « genetica » ed i non pochi risvolti problematici che essa porta con sé, sulla convenzione arbitrale si sono rara-

(*) Il contributo è destinato alla pubblicazione in *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, atti del X convegno Sisdic, 14-16 maggio 2015, Napoli, 2015.

⁽¹⁾ CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 179; SATTA, sub art. 806, in *Commentario al codice di procedura civile*, IV, p. 2, Milano, 1971, p. 163 ss. Si veda già AMAR, *Dei giudizi arbitrali. Studi*², Torino, 1879, p. 7 s., che riporta un eloquente passaggio della relazione Pisanelli (ivi, nota 1).

mente, salvo in tempi recenti, appuntati gli sguardi degli studiosi di diritto civile.

Vorremmo quindi, nello spazio di questo contributo, focalizzare l'attenzione sull'importanza che la convenzione arbitrale (e, ovviamente, un buon *set* di regole sostanziali di disciplina, che riconoscano anche adeguati spazi di autonomia privata) gioca non solo ai fini di un lineare e sollecito svolgimento della singola procedura arbitrale cui essa dà vita bensì, più in generale, per incentivare e favorire il ricorso all'arbitrato da parte degli operatori. Siamo infatti convinti che uno dei fattori vincenti dell'arbitrato risieda nella libertà riconosciuta alle parti di « modellare » il « proprio » sistema di giustizia, predeterminando — ad esempio — numero, modalità di nomina e requisiti professionali dell'organo giudicante; regole di giudizio; durata e procedura; forme e limiti dell'impugnazione. E vorremmo in particolare prendere come campione d'esame l'arbitrato societario, per due ragioni: la prima, perché le liti societarie rappresentano una percentuale più che significativa, anche in chiave economica, del totale degli arbitrati e dunque si tratta di un settore omogeneo di rilevante impatto per l'istituto; la seconda, perché l'esperienza di questo primo decennio dall'introduzione di una disciplina *ad hoc* sull'arbitrato societario (artt. 34-36 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) ha messo in luce un catalogo di questioni, la più parte derivate da scelte normative, che hanno, a nostro parere, fortemente pregiudicato la reputazione dell'arbitrato disincentivandone l'utilizzo e accrescendo, per converso, il contenzioso civile.

Siano consentite, *in limine*, due precisazioni.

La prima per spiegare perché limitiamo l'analisi al solo tema delle clausole compromissorie, trascurando gli aspetti del procedimento arbitrale, nel quale pure l'autonomia privata può giocare un ruolo determinante. La ragione è data da ciò, che — per opinione ormai condivisa — il d.lgs. n. 5 del 2003 non ha costruito una disciplina compiuta ed organica dell'arbitrato societario, ma si è limitato a dettare regole specifiche sulla clausola compromissoria e sul procedimento ⁽²⁾ in deroga alla disciplina ordinaria che rimane per ogni altro aspetto applicabile. Dunque, le regole del procedimento sono in larghissima misura quelle dell'arbitrato ordinario di cui non intendiamo occuparci in modo diretto per non travalicare i confini di questo lavoro ⁽³⁾; quanto alle poche (ormai pochissime) dispo-

⁽²⁾ E cfr. per tutti CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1286, ove altri riferimenti; diffusamente NELA, sub art. 34, *commento*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario, commentario*, diretto da Chiarloni², Bologna, 2008, p. 1156 ss. Un cenno in E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in questa rivista, 2003, p. 529; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 717. Conforme Cass., 20 luglio 2011, n. 15892, nella *Rassegna* curata dallo scrivente e reperibile in *internet* al seguente indirizzo <http://hdl.handle.net/2318/1521084>.

⁽³⁾ Per tutti: AA.VV., *Arbitrato, commentario*², diretto da Carpi, Bologna, 2008; AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, a cura di Menchini, Padova, 2010; MONTALENTI, *La riforma dell'arbitrato: primi appunti*, in *Giur. it.*, 2007, p. 501 ss.

sizioni speciali, esse sono tutte qualificate dalla legge come « inderogabili » (art. 35), pertanto nulla potremmo dire se non che è negato qualsiasi spazio di manovra per l'autonomia privata ⁽⁴⁾.

La seconda precisazione è giustificata dall'*incipit* dell'intervento, nel quale abbiamo posto l'accento sui tratti somatici contrattualistici del fenomeno arbitrale. Non intendiamo alimentare, in questa sede, la *querelle* circa la natura (giurisdizionale ⁽⁵⁾ o contrattuale ⁽⁶⁾) del giudizio arbitrale: è ormai difficile negare che l'arbitrato rituale abbia assunto sempre più nitidamente le fattezze di un procedimento giurisdizionale ⁽⁷⁾. L'equiparazione del lodo alla sentenza (art. 824-*bis*); la qualificazione dell'eccezione di compromesso in termini di « competenza » (art. 819-*ter*); la procedimentalizzazione dell'arbitrato rituale (artt. 816 ss.); il riconoscimento della possibilità di *traslatio iudicii* bidirezionale ⁽⁸⁾ sono solo alcuni indizi della decisa svolta impressa dalla riforma del 2006 dopo decenni di altalenanti discussioni. Ciò nondimeno, ci sembra che si debba anche dire che non c'è una necessaria correlazione fra giurisdizionalizzazione dell'arbitrato e restrizione dell'area di autonomia privata, ben potendo persistere spazi di libertà delle parti anche in presenza di un sistema arbitrale maggiormente procedimentalizzato. Questo rilievo tornerà però utile in séguito, nel discutere di prospettive di riforma, anche in tema di arbitrato irrituale, sicché ci riserviamo di riparlare, qui puntualizzando che, per adesso, ci riferiremo al solo arbitrato rituale.

⁽⁴⁾ Nel collazionare l'art. 35 il legislatore non è stato tuttavia diligente perché ha ommesso di prevedere anche sanzioni per la violazione di quanto vi è previsto. La lacuna ha assunto particolare rilievo pratico con riferimento al dovere di deposito presso il registro delle imprese della domanda di arbitrato proposta da o contro la società. Il desiderio di riservatezza coltivato dalle parti ha infatti indotto a omettere pressoché sempre questo adempimento, senza che ciò abbia determinato alcuna conseguenza sostanziale o procedurale. In tema, si v. le riflessioni critiche di P. MONTALENTI, *La pubblicità nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 553 ss. e da ultimo in ID., *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2012, p. 311 ss., spec. p. 316, il quale prospetta anche, in taluni casi, un possibile vizio di nullità per violazione del principio del contraddittorio per effetto del mancato deposito della domanda presso il registro delle imprese.

⁽⁵⁾ Di cui era alfiere Lodovico Mortara: si v. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, 4, Torino, 1923, p. 39 ss.

⁽⁶⁾ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 70; SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, *passim*.

⁽⁷⁾ E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 532; Trib. Milano, 22 luglio 2013, in *banca dati Pluris*. Per ampia illustrazione del dilemma e delle posizioni nel tempo preponderanti, RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*⁶, Padova, 2010, p. 41 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², I, Padova, 2012, p. 83 ss.

⁽⁸⁾ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, pubblicata fra l'altro in *Giur. it.*, 2014, p. 1381 ss.; in *Corr. giur.*, 2013, p. 1107 ss., con nota di CONSOLO; in *Società*, 2014, p. 362 ss.

2. — La certezza del diritto è — per comune sentire — un valore essenziale della società civile, tanto più importante in quei settori, come quello delle imprese e dei commerci, nei quali è primaria l'esigenza di riporre fiducia in un sistema di regole chiare e di giustizia rapida ed affidabile.

La riforma societaria del 2003 ha, in molte norme sostanziali, perseguito con efficacia questo obiettivo, sciogliendo nodi ermeneutici antichi e recenti, eliminando disposizioni ambigue, rafforzando, in taluni ambiti, la stabilità degli atti di fronte ad iniziative demolitorie (pensiamo alle sanatorie dei vizi delle delibere assembleari — artt. 2377 ss. —, ed in particolare di quella di approvazione del bilancio — art. 2434-*bis* —).

Sul versante processuale, invece, si è registrata una pressoché totale *débâcle*, certificata dalla rovinosa esperienza del rito societario (da alcuni addirittura paragonata ad una delle più cocenti disfatte militari dello scorso secolo ⁽⁹⁾) e, nel campo asperissimo dell'arbitrato — ultimo residuo del d.lgs. n. 5 del 2003 non caduto sotto la frettolosa scure legislativa ⁽¹⁰⁾ —, dalla continua, patologica persistenza di dubbi interpretativi che hanno fortemente segnato questi primi dieci anni di applicazione della novella.

⁽⁹⁾ Mi riferisco a COSTANTINO-CABRAS, *Il processo commerciale e l'arbitrato societario*, in AA.VV., *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da d'Alessandro, I, Padova, 2009, i quali nelle prime pagine del volume, dando conto dell'abrogazione, appena intervenuta, del processo societario, trascrivono l'ultimo capoverso del notissimo Bollettino inviato dal generale Armando Diaz che informa lo Stato Maggiore della sconfitta e della fuga dell'esercito austro-ungarico.

⁽¹⁰⁾ Frettolosa perché il d.lgs. 18 giugno 2009, n. 69, ha abrogato l'intero impianto normativo di disciplina del processo societario introdotto nel 2003, incluse buone disposizioni che avrebbero potuto conservare una propria utilità.

Penso all'art. 1, comma 4°, d.lgs. n. 5 del 2003, che rinviava al codice di rito per colmare le lacune di disciplina e che si applicava anche all'arbitrato societario, obbligando oggi l'interprete a ricorrere ad altri strumenti interpretativi per addivenire al medesimo risultato. E penso anche — con maggior rammarico — al procedimento camerale non contenzioso regolato dagli artt. 25-33, la cui introduzione era venuta a colmare una lacuna del codice di rito (gli artt. 706 ss. c.p.c. si occupano solo dei procedimenti in materia di famiglia e stato, riservando ad una norma di rinvio — l'art. 742-*bis* — la disciplina degli altri casi, mentre le disposizioni comuni dettate dagli artt. 737-742 presentano lacune di disciplina non trascurabili) e che veruna seria ragione v'era di abrogare, bensì, a tutto concedere, di emendare laddove era emersa, in questi primi anni di applicazione, qualche incoerenza o criticità, in specie alla luce dell'art. 111 cost.

Forse le leggi sono non soltanto mal scritte, come malinconicamente appuntava qualche tempo addietro Mario Stella Richter in un pregevole scritto (STELLA RICHTER, *Novità in tema di acquisto delle proprie azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 286 ss.), ma anche troppo frettolosamente abrogate seguendo sentimenti demagogici più che logiche giuridiche, alle quali il legislatore dovrebbe invece rispondere.

Potrebbe essere però maturo il tempo per riprendere un nostro risalente suggerimento di far confluire i resti dell'arbitrato societario nel codice di procedura, restituendo unità sistematica alla materia.

I termini della questione sono noti.

Obiettivo dichiarato del legislatore era « assicurare una più rapida ed efficace definizione » dei procedimenti commerciali (art. 12, comma 1°, l. 3 ottobre 2001, n. 366), anche incentivando forme alternative di risoluzione delle controversie. La « questione giustizia » nel settore societario e commerciale era divenuta, in effetti, improcrastinabile: le patologiche inefficienze e disfunzioni e l'eccessiva durata dei processi mettevano in serio pericolo il principio della certezza del diritto e — in una fase storica di forte accelerazione verso la globalizzazione, la libertà di stabilimento e il fenomeno del *forum shopping* — rischiavano sia di disincentivare nuovi investimenti, specie stranieri, sia di alimentare una fuga verso altri ordinamenti più appetibili. Lo spettro di un fenomeno *Delaware* in salsa comunitaria non ha ancora smesso di turbare i sonni dei legislatori di mezza Europa.

In attuazione dell'art. 12, comma 3°, l. n. 366 del 2001, il legislatore delegato ha così introdotto nel nostro ordinamento una disciplina arbitrale speciale in materia societaria (artt. 34-36 d.lgs. n. 5 del 2003), animato dall'intento di risolvere alcuni nodi critici legati, in particolare, all'estensione del vincolo compromissorio, alla naturale multilateralità delle liti societarie, alla necessità di assicurare conoscibilità e possibilità di intervento a soci e terzi, all'arbitrabilità delle decisioni sociali.

Ne è risultata una disciplina che, per opinione unanime, ha fortemente sbilanciato l'arbitrato verso un assetto giurisdizionale a discapito dell'autonomia privata, in più punti compressa rispetto al modello comune. Si pensi all'imposizione (a pena di nullità!) della regola dell'eterodesignazione dell'organo arbitrale; agli obblighi di pubblicità; alla previsione di una « disciplina inderogabile del procedimento »; al divieto di arbitrati di equità sulle deliberazioni assembleari e quando gli arbitri debbano conoscere di questioni non compromettibili; all'impugnabilità del lodo, sempre negli stessi casi, per violazione di regole di diritto attinenti il merito della controversia.

Formulare giudizi non è mai semplice: gli artt. 34 ss. d.lgs. n. 5 del 2003 hanno senza dubbio rappresentato, per molti aspetti, una felice sperimentazione di soluzioni poi estese all'arbitrato comune dalla riforma del 2006 (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) ed hanno permesso di superare efficacemente alcuni storici nodi critici della materia; d'altra parte, e in misura forse preponderante, le incertezze intorno a non pochi aspetti centrali della disciplina arbitrale societaria hanno accresciuto la diffidenza degli operatori e — creando oggettiva incertezza sull'effettiva validità della convenzione arbitrale — depotenziato il sistema della giustizia civile.

Anche un esame empirico dei dati statistici conferma queste impressioni.

Una ricerca condotta qualche anno fa da Isdaci sulle clausole arbitrali di un campione di oltre 2100 società costituite e iscritte nel registro delle

imprese di Milano e di Roma fra il 2000 ed il 2007 tratteggia un quadro con molte luci, ma anche qualche ombra ⁽¹¹⁾.

Senz'altro apprezzabile risulta il sostanziale e crescente favore per questa forma alternativa di risoluzione delle controversie scelta da oltre metà degli statuti (1183 società, pari al 55,77% del totale), con un incremento di circa quattro-cinque punti percentuali rispetto al 2004 (a Milano, si è passati dal 51,45% al 55,16%, mentre a Roma l'incremento è stato dal 57,07% al 62,60%).

L'indagine è molto dettagliata e offre utili spunti di riflessione anche sulle tecniche di redazione. La lettura dei dati statistici ricavati dall'esame dei contenuti delle clausole arbitrali rivela, invece, un non ancora omogeneo grado di diffusione della « cultura arbitrale » e della conoscenza delle regole e dei meccanismi di questo istituto. Vero è che si tratta — come vedremo — di percentuali tutto sommato modeste; tuttavia, formulare correttamente la clausola in ogni sua parte è di estrema importanza poiché qualsiasi difetto genetico della procedura è destinato inevitabilmente a riflettersi sulla stabilità del lodo e dunque, in conclusione, sul « buon funzionamento » dell'arbitrato.

Non ci soffermiamo in un esame di dettaglio. Basti ad esempio osservare che pare ancora radicata, fra gli operatori, l'errata convinzione che arbitrato rituale e decisione di diritto, da un lato, e arbitrato irrituale e decisione di equità, dall'altro, siano se non sinonimi, quantomeno un binomio inscindibile. Tralasciando le clausole che non contengono specificazioni (51) o rinviato a regolamenti arbitrali (11), 470 optano per il binomio « rituale/di diritto » (in ampia maggioranza) o « irrituale/di equità », mentre solo 106 (il 18%) contengono una previsione mista.

Peraltro, quello ora segnalato è un punto sul quale — come abbiamo detto — l'autonomia privata incontra, in materia societaria, severi limiti. Fermo restando che la regola del decidere è di *default*, quella di diritto (art. 822 c.p.c.), a mente degli artt. 35, comma 3°, e 36, comma 1°, gli arbitri debbono comunque decidere secondo diritto, indipendentemente dalle statuizioni della clausola compromissoria, le impugnazioni di deliberazioni e le controversie nelle quali abbiano conosciuto questioni non compromettibili. Inoltre, si discute anche se sia o meno configurabile un arbitrato societario irrituale ⁽¹²⁾. Anche su questi aspetti avremo modo di tornare fra breve.

⁽¹¹⁾ OSSERVATORIO DEL DIRITTO SOCIETARIO, *L'impatto della riforma societaria sulle clausole statutarie relative alla risoluzione dei conflitti*, a cura di Auletta-Cerrato-Ermolli-Montalenti-Salafia-Sali, Milano, 2010.

⁽¹²⁾ Con ampia disamina della questione, CABRAS, *Arbitrato societario, arbitraggio gestionale e conciliazione stragiudiziale* (artt. 34-40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 15), in COSTANTINO-CABRAS, *op. cit.*, p. 234 ss.; NELA, *sub art. 35, commento*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario*, cit., p. 1250 ss.; App. Torino, 8 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 906 ss.; Id., 29 marzo 2007, e Id., 4 aprile 2007, cit., entrambe ivi, p. 2237 ss.; e cfr. già Trib. Biella, 28 febbraio 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 497 ss. Ora, in senso positivo, Cass., 28 ottobre 2015, n. 22008, ined.

3. — Il d.lgs. n. 5 del 2003 ha, come detto, introdotto regole speciali per l'arbitrato societario operando una restrizione dell'area dell'autonomia privata. Si tratta, a nostro avviso, di una scelta che ha mostrato pregi, difetti e criticità.

Siamo convinti che il valore aggiunto dell'arbitrato sia (anche) nella libertà e flessibilità di cui le parti godono nell'optare per questa forma alternativa di giustizia e nel modellarne la fisionomia a misura delle proprie esigenze. Qualsiasi tentativo di circoscrivere questi spazi di autonomia in tanto è condivisibile in quanto risponda, in una prospettiva di sistema, ad effettive esigenze di accrescimento dell'efficacia generale dello strumento arbitrale.

In questa ottica, l'introduzione con il d.lgs. n. 5 del 2003 di alcune regole inderogabili ci è parsa opportuna e apprezzabile. Pensiamo alla scelta di impedire la decisione di equità quando l'arbitro affronti incidentalmente questioni non compromettibili o il giudizio abbia ad oggetto la validità di delibere assembleari. Intanto perché non si tratta di una preclusione assoluta, bensì selettiva ed operante in concreto: nulla osta, cioè, ad una clausola compromissoria che vincoli gli arbitri a decidere secondo equità in materia societaria, salva solo la sua disapplicazione qualora l'arbitrato attivato investa una delle situazioni poc'anzi menzionate ⁽¹³⁾. L'autonomia delle parti nella scelta della regola di giudizio è dunque in larga misura preservata. Inoltre, il sacrificio ad essa imposto è pienamente giustificato dall'obiettivo di superare le riluttanze all'ampliamento dell'area di compromettibilità delle liti radicate nel timore che la decisione di equità si traduca nella disapplicazione di norme imperative e dunque in una larvata « disposizione » di situazioni non disponibili ⁽¹⁴⁾.

Anche l'imposizione, nei medesimi casi, dell'impugnabilità nel merito del lodo per violazione di regole di diritto — che è invece lasciata oggi, nel modello comune, alla scelta delle parti — risponde alla medesima *ratio* e dunque rappresenta, a nostro avviso, una limitazione dell'autonomia privata astrattamente giustificabile nella direzione di favorire un allentamento delle resistenze all'arbitrato; in concreto, tuttavia, e soprattutto se ci poniamo in una prospettiva internazionale, si tratta di una scelta fortemente penalizzante che rischia di disincentivare imprese ed investitori stranieri a ricorrere all'arbitrato italiano a favore di altri fori arbitrali. Da questo punto di osservazione, dunque, sarebbe auspicabile una revisione della normativa che estenda il modello generale dell'*opt in* anche all'arbitrato societario.

Ci sentiamo di poter esprimere giudizio favorevole anche per la norma

⁽¹³⁾ BIAVATI, sub art. 35, commento, in AA.VV., *Arbitrati speciali, commentario*, diretto da Carpi, Bologna, 2008, p. 144 s.

⁽¹⁴⁾ Argomento in realtà equivoco poiché l'indisponibilità non dipende necessariamente dal carattere imperativo di una norma: possono esservi, in altre parole, norme imperative che disciplinano diritti disponibili: AULETTA, sub artt. 34-37, commento, in AA.VV., *La riforma delle società. Il processo*, a cura di Sassani, Torino, 2003, p. 331.

che vincola all'opzione arbitrale anche i componenti degli organi sociali, ove indicati nella clausola, nonché tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità sia oggetto della controversia. Ben note a tutti sono le oscillazioni della dottrina e della giurisprudenza sulla sorte del vincolo compromissorio in caso di successione *mortis causa* ovvero di cessione *inter vivos*: bene ha fatto il legislatore ad accogliere la tesi che la partecipazione sociale sia — per usare una fortunata espressione di Rosario Nicolò — una « posizione contrattuale complessa » di cui anche l'impegno a compromettere è parte integrante ed inscindibile nel momento della sua circolazione ⁽¹⁵⁾.

In dottrina non vi è stata in verità concordia di opinioni: molti hanno denunciato l'introduzione mascherata di una forma di arbitrato obbligatorio, ma i timori non paiono fondati. Crediamo infatti che l'intervento legislativo sia coerente con i principi generali della materia contrattuale che fondano sul consenso (eventualmente implicito) l'adesione alla clausola o, al più, sulla teoria degli effetti esterni del contratto; ma anche volendo ricercare nei dogmi costituzionali, una legittimazione di sistema si rinviene nella dialettica fra individuo e formazione sociale riconducibile agli artt. 2 e 18 cost. È infatti ormai da tempo condiviso fra i costituzionalisti che l'indiscutibile prevalenza della protezione dei diritti dell'individuo anche « nelle formazioni sociali » (art. 2 cost.) non può rappresentare la chiave di legittimazione di schemi dogmatici volti ad applicare meccanicamente gli strumenti di tutela del singolo all'interno delle strutture associative, negando qualsiasi spazio per forme di contemperamento dei diritti individuali con le esigenze del gruppo ⁽¹⁶⁾. È vero che la tutela della libertà individuale nell'associazione è senza dubbio innanzitutto tutela dei diritti fondamentali del singolo; rifuggendo da pericolosi apriorismi, tuttavia, si deve riconoscere che la libertà individuale all'interno delle formazioni sociali può anche esprimersi, nell'accezione negativa del suo esercizio, come rinuncia da parte del singolo alla propria autonomia e libertà individuale quale contropartita dell'adesione alla formazione sociale. È peraltro chiaro che modulazioni o deroghe al superiore principio della protezione dell'individuo potranno essere previste dal legislatore primario se e nella misura in cui siano funzionali all'interesse collettivo. E questo profilo è particolar-

⁽¹⁵⁾ Forse, se si può muovere una critica costruttiva, si sarebbe potuto regolare espressamente anche il caso peculiare dell'erede che non subentri nella società di persone e vanti solo un diritto di credito alla liquidazione del valore della quota: se sia vincolato — come credo — o meno al patto compromissorio statutario è questione di non piana soluzione già in passato assai dibattuta: per riferimenti, NELA, sub art. 34, commento, cit., p. 1197 s.; ROVELLI, *L'arbitrato delle società*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, coord. da Alpa, Torino, 1999, p. 896.

⁽¹⁶⁾ Limpidamente BARBERA, sub art. 2, commento, in MORTATI-BARBERA-AGRÒ-ROMAGNOLI-MANCINI-BERTI-PIZZORUSSO-FINOCCHIARO-MERUSI-CASSESE, *Principi fondamentali. Art. 1-12*, in *Comm. cost.*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 113 ss. Ammonisce a non svalutare la centralità dell'art. 18 cost. anche DE SIERVO, voce *Associazione (libertà di)*, in *Dig., disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, p. 499. Si v. anche BARILE, voce *Associazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 841 s.

mente evidente se dal terreno dei fenomeni associativi (i quali sono per loro natura luogo elettivo di sviluppo e protezione dell'individuo) si passa a quello delle organizzazioni economiche lucrative, nelle quali la particolare destinazione all'iniziativa imprenditoriale giustifica con ancora maggior pregnanza la deroga ai principi della tutela del singolo (si pensi solo alla pervasività della regola maggioritaria nei tipi capitalistici). Il discorso è assai complesso e porterebbe distante dai sentieri qui percorsi. Può quindi essere sufficiente osservare che, in coerenza con quanto detto, l'aver previsto, nel caso in esame, che l'adesione alla società implichi anche automaticamente adesione alla clausola compromissoria, può ritenersi una legittima compressione della libertà contrattuale del singolo in vista dell'obiettivo, enunciato già dalla legge delega, di rafforzare l'efficacia e la funzionalità dei meccanismi di tutela giurisdizionale (anche « privata ») sul terreno societario.

Molte polemiche si sono accese anche sulla disposizione che include i membri degli organi sociali. È innanzitutto curioso osservare che le polemiche in ordine all'efficacia della clausola compromissoria statutaria nei confronti degli amministratori e dei sindaci si sono scatenate soltanto a séguito della riforma, che si è di fatto limitata ad esplicitare una soluzione già desumibile dall'ordinamento, mentre in precedenza la questione era pressoché pacifica ⁽¹⁷⁾, probabilmente perché si riteneva naturale che al patto compromissorio fossero vincolati gli organi sociali in quanto tali, cioè coloro che traggono la loro legittimazione e ragion d'essere proprio dal regolamento organizzativo ⁽¹⁸⁾.

Ci sembra, pertanto, che le attuali perplessità sulla conformità della disposizione ai principi costituzionali, fondate sul difetto di un'espressa accettazione della clausola da parte dei componenti degli organi sociali ⁽¹⁹⁾ non colgano nel segno, poiché è la norma stessa a statuire che l'accettazione della carica implica accettazione della clausola compromissoria per arbitrato societario. In altre parole, anche in questo caso come per i soci, il legislatore non richiede un consenso specifico all'assoggettamento al vincolo arbitrale: viene parzialmente sacrificata un'istanza di protezione

⁽¹⁷⁾ Una sola recente voce contraria è quella di RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 133 ss., ivi, p. 138 s. Il *punctum dolens* era in effetti costituito dall'arbitrabilità oggettiva delle liti che coinvolgevano gli organi sociali: si v., ad esempio, ROVELLI, *op. cit.*, p. 923 ss.

⁽¹⁸⁾ In questo senso, ritenendo che la norma non contenga appunto alcuna innovazione, CABRAS, *op. cit.*, p. 277.

⁽¹⁹⁾ MAJORANO, sub art. 54, commento, in AA.VV., *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di Costantino, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, p. 656; LUIO, *op. cit.*, p. 714; NOVELLO, *I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 56 s.; BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 483; si v. diversamente ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in questa rivista, 2003, p. 953.

della libertà del singolo (che se vorrà sottrarsi alla clausola dovrà inevitabilmente rinunciare all'incarico), ma nell'interesse all'efficacia ed efficienza dello strumento arbitrale societario ⁽²⁰⁾.

Qui si fermano i giudizi positivi sulle scelte normative di compressione dell'autonomia privata.

Diversa valutazione merita, infatti, il divieto introdotto con l'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 di affidare la nomina degli arbitri alle parti medesime secondo il noto meccanismo binario ⁽²¹⁾.

Sul punto vogliamo subito chiarire la nostra posizione per evitare equivoci: optare per l'eterodesignazione integrale ha senza dubbio consentito di superare efficacemente uno dei più gravi limiti dell'arbitrato nelle liti societarie, cioè l'inoperatività della clausola binaria in presenza di una pluralità di parti e di ciò si deve dare pieno merito al legislatore ⁽²²⁾; anche in questo caso, quindi, la limitazione dell'autonomia privata parrebbe a prima vista rispondere a esigenze di rafforzamento dell'arbitrato meritevoli di precedenza. Di contro, però, l'opzione di tecnica legislativa prescelta (*i.e.*: fulminare di nullità le clausole non conformi ⁽²³⁾) ha generato una

⁽²⁰⁾ A diversa conclusione si potrebbe forse giungere qualora — come talvolta accade — l'amministratore sottoscriva con la società anche un parallelo contratto che disciplini profili del rapporto amministrativo prevedendo la competenza del giudice ordinario ovvero una diversa clausola compromissoria. Ci si dovrebbe, in tal caso, quantomeno porre l'interrogativo se l'espressa opzione contrattuale, concordata con la società, non valga a derogare al disposto dell'art. 34.

⁽²¹⁾ E v. anche, in senso critico, MONTALENTI, *L'arbitro societario: appunti*, in questa rivista, 2013, p. 1275 ss., fra i primi studiosi a segnalare, inascoltato, queste criticità: ID., *La riforma del diritto societario. Profili generali*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 57 ss.; ID., *L'arbitrato societario: criticità e prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1522 ss.

⁽²²⁾ Qualche problema è in realtà sorto intorno ai requisiti di « estraneità » del designatore: riteniamo che la norma, lungi dal dover essere « banalizzata » sol perché si occupa di un « mero designatore », debba essere invece intesa in senso rigoroso poiché è dall'indipendenza del designatore che discende, se non l'indipendenza dell'arbitro, quantomeno una seria garanzia o una presunzione di essa. L'uso del termine « estraneo » conforta l'opinione che la validità della clausola sia subordinata all'indicazione di un designatore non semplicemente « esterno », ma realmente privo di qualsiasi rapporto di natura tale da mettere in pericolo l'equidistanza da tutte le parti e dagli interessi di cui siano portatrici. Un'indipendenza, in altri termini, non solo « di facciata », ma almeno equivalente a quella, funzionale alla risoluzione della lite in posizione di terzietà ed indifferenza, che è richiesta all'arbitro o al giudice; così LUIO, *op. cit.*, p. 714. In senso contrario, però, Trib. Milano, 18 luglio 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 313 s.; in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 171 ss., e in *Società*, 2006, p. 1155 s. (ma pubblicata con data di deposito del 7 luglio 2005).

⁽²³⁾ Sebbene resti dubbio se tale regola operi anche per le clausole già presenti negli statuti prima della riforma e non adeguate alla nuova disposizione: sia consentito rinviare a CERRATO, *La cláusula de arbitraje societario en Italia: cuestiones (aún) abiertas*, in *Spain Arbitration Review*, n. 23, 2015, p. 33 ss.

molteplicità di interrogativi e incertezze che hanno portato a risultati diametralmente opposti a quelli auspicati: incremento del contenzioso civile sulla questione della validità della clausola; coinvolgimento dei notai in responsabilità *ex art. 28 l.not.* per aver rogato clausole nulle; incertezza degli operatori ⁽²⁴⁾.

Personalmente non approviamo la scelta draconiana del legislatore del 2003 e, anche in prospettiva *de lege ferenda*, siamo favorevoli ad una soluzione che con più equilibrio contemperi le esigenze di funzionalità dell'istituto con i principi di autonomia che governano l'arbitrato.

Non vi sono d'altronde preclusioni di principio: all'arbitrato ordinario possono continuare ad accedere, come in passato, tutte le società mediante il compromesso, e quelle escluse dal perimetro di applicazione del decreto anche con clausola statutaria: non vi è, dunque, alcuna ontologica incompatibilità fra materia societaria e arbitrato ordinario. Anzi, a dirla tutta, conserviamo — a dispetto di orientamenti ormai diffusi in senso contrario — l'intimo convincimento che il legislatore societario dieci anni fa non volesse davvero precludere all'autonomia statutaria di continuare ad avvalersi del tipo codicistico e che soltanto un'imprecisa tecnica redazionale della norma abbia condotto molta parte degli interpreti a pensare l'opposto.

La riforma arbitrale del 2006 offre poi ulteriore conforto all'opinione ora espressa. Da un lato, fra le norme di nuovo conio ve n'è anche una dedicata all'arbitrato multiparti (art. 816-*quater*) che offre una soluzione la cui filosofia — cioè privilegiare la volontà delle parti — si pone in chiara antitesi rispetto all'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 ⁽²⁵⁾. Ciò autorizza a respingere ogni tentazione di accreditare l'eterodesignazione come unico modello compatibile con la lite multilaterale: forse preferibile perché più efficace, ma non unico. Dall'altro lato, il d.lgs. n. 40 del 2006 ha esteso all'arbitrato codicistico molte soluzioni originariamente sperimentate sul terreno societario (pensiamo all'intervento di terzi ⁽²⁶⁾, alla decisione di questioni non compromettibili senza autorità di giudicato ⁽²⁷⁾, all'impugnazione per revocazione di terzo del lodo internazionale ⁽²⁸⁾), riducendo

⁽²⁴⁾ Sia consentito rinviare, per i termini del dibattito, a MONTALENTI, *Il nuovo arbitrato societario nel contesto della riforma dell'arbitrato di diritto comune*, in AA.VV., *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Alpa e Vigoriti, Torino, 2013, p. 1008 ss.; CERRATO, *La clausola compromissoria nelle società. Profili sostanziali*, Torino, 2012, *passim*.

⁽²⁵⁾ V. SALVANESCHI, *Dell'arbitrato. Art. 806-840*, in AA.VV., *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2014, p. 452 ss.

⁽²⁶⁾ Viene legittimato — anche senza l'accordo delle parti e degli arbitri — l'intervento adesivo dipendente e quello litisconsortile necessario (art. 816-*quinquies*). Cfr. l'art. 35, comma 2°, d.lgs. n. 5/2003.

⁽²⁷⁾ Art. 819, nuovo testo. Cfr. art. 36, comma 1°, d.lgs. n. 5/2003.

⁽²⁸⁾ L'art. 838, introdotto nel 1994, vietava l'impugnazione del lodo reso in arbitrato internazionale per nullità ai sensi dell'art. 829, comma 2°, e per revocazione di terzo (art. 831). Con l'intento di ricondurre l'arbitrato internazionale nell'alveo della

significativamente le distanze fra i due modelli: è dunque ancora più difficile oggi sostenere le ragioni dell'esclusività dell'arbitrato societario in virtù di un regime derogatorio ormai ridotto ai minimi termini.

Né si deve temere, come da alcuni paventato, un *vulnus* all'indipendenza e terzietà dell'organo arbitrale. L'arbitro nominato dalla parte non è un arbitro di parte e le disposizioni sulla riconsiliazione ed astensione esistenti sono presidio sufficiente ed efficace a tale scopo. D'altronde l'indipendenza e l'imparzialità sono prima di tutto una manifestazione interiore dell'etica e della morale dell'arbitro ⁽²⁹⁾ e la terzietà formale di un designatore ⁽³⁰⁾ non è comunque maggior garanzia di equidistanza dell'arbitro nominato.

Vi sono, a nostro avviso, argomentazioni sufficienti per abbandonare l'orientamento più restrittivo a favore di un modello nel quale l'autonomia privata possa spaziare fra l'opzione « societaria » (cioè l'eterodesignazione), così sottoponendosi al regime dell'arbitrato retto dagli artt. 34-37 d.lgs. n. 5 del 2003, e il sistema ordinario ricorrendo alla classica opzione binaria.

Il tema è dibattuto da tempo. Non intendiamo farci alfiere del modello binario a tutti i costi, poiché certamente esso incontra limiti strutturali che anche l'art. 816-*quater*, per quanto apprezzabile sia stato lo sforzo, non riesce a superare in modo soddisfacente. Per contro, riteniamo che sottrarre alle parti, d'imperio, questa possibilità di scelta, e soprattutto provocare la nullità *ex post* di clausole statutarie binarie ancora oggi presenti in molti statuti introduca un vincolo eccessivo all'autonomia privata e imponga un sacrificio non giustificato da effettive esigenze bensì dannoso per l'*appeal* dell'istituto. Basti considerare, appunto, la paradossale falciatura di clausole statutarie già presenti negli statuti alla data di entrata in vigore della riforma del 2003, conseguenza di una normativa che si proponeva l'esatto opposto, cioè favorire l'arbitrato. Inoltre, non va dimenticato che la possibilità di concorrere alla nomina dell'organo arbitrale è ancora percepito dagli operatori come un vantaggio reale dell'arbitrato: perché allora impedirlo quando non vi sono controindicazioni ostative in senso assoluto?

La nostra proposta, in chiave riformatrice, è dunque duplice ⁽³¹⁾: (i) innanzitutto, introdurre una disposizione di interpretazione autentica che salvi le clausole arbitrali presenti negli statuti prima del 2004 e mai modificate. Pare la soluzione più coerente al quadro giuridico, atteso che il

disciplina di quello domestico, il legislatore ha eliminato l'intero capo VI: cfr. art. 35, comma 3°, d.lgs. n. 5/2003.

⁽²⁹⁾ E. FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 1 ss.

⁽³⁰⁾ Peraltro, come si vede dall'art. 34, neppure assistita da regole di riconsiliazione che consentano alle parti in lite di mettere in discussione la figura del terzo designatore.

⁽³¹⁾ Sia consentito rinviare, per maggiori dettagli, al nostro *Arbitrato societario: è tempo di una riforma*, in *Riv. arb.*, 2015, p. 611 ss. In sintonia con queste proposte, MONTALENTI, *Arbitrato e impresa tra istituti consolidati e prospettive di riforma*, in *NDS*, 2014, fasc. 14, p. 9 ss.

d.lgs. n. 5 del 2003 non conteneva né regole di adeguamento obbligatorio né regole di retroattività delle nuove norme, e — come è noto — le sezioni unite della Cassazione hanno chiarito che al patto compromissorio si applica la legge del tempo di stipulazione ⁽³²⁾; (ii) estendere anche alle società la disposizione introdotta nel 2006 nell'art. 816-*quater* per l'arbitrato con pluralità di parti, norma che prevede un determinato meccanismo per la nomina del collegio. In tal modo si potrebbe consentire ai soci di adottare comunque, anche oggi, clausole nelle quali si riserva la nomina degli arbitri senza condannare la clausola ad una prevedibile inoperatività. Un'unica disposizione non potrebbe trovare applicazione in caso di adozione di clausola binaria, cioè il regime rafforzato di intervento in arbitrato dettato dall'art. 35, comma 2° (che è giustificato dal meccanismo di eterodesignazione) in deroga alle disposizioni ordinarie (art. 816-*quinqies*), che tornerebbero però regolarmente applicabili.

Per questa via, inoltre, risulterebbe forse possibile ammettere anche l'arbitrato irrituale che, secondo l'opinione cautamente preferibile (ma ora contrastata dalla Cassazione), parrebbe essere stato espunto dall'alveo delle liti societarie in ragione della presenza di regole « inderogabili » di procedura (art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003), naturalmente incompatibili con il modello arbitrale « libero ». Il punto meriterebbe un supplemento di riflessione: è vero che così si allargherebbe ancora di più il ventaglio delle possibili opzioni lasciate ai soci, tuttavia riteniamo che occorra seriamente ragionare a monte sulla persistente utilità di un modello nato « ribelle » in un tempo in cui l'arbitrato muoveva i primi passi fra molte rigidità e forse oggi non più giustificato nell'attuale scenario di modernità dell'arbitrato rituale.

Comprendiamo ovviamente le resistenze di molti avverso proposte di « restaurazione », e quindi proponiamo anche, in subordine, un'alternativa più moderata.

Nel 2004 l'urgenza di evitare un tracollo dell'arbitrato per sopravvenuta nullità delle clausole esistenti suggeriva soluzioni correttive come quella del doppio binario; a ormai dieci anni di distanza la criticità pare essere stata superata ed è probabilmente il momento di riflettere sull'opportunità di ulteriori opzioni.

Ove non ci si voglia spingere fino al punto di rilegittimare il meccanismo binario a fianco della eterodesignazione, si potrebbe confermare per l'arbitrato societario questa seconda regola, eliminando però la sanzione della nullità che ha generato problemi specie per i notai. Sarebbe inoltre quantomeno opportuno un intervento chiarificatore sulla sorte delle clausole « vecchio stile »: forse la strada migliore potrebbe essere di ricorrere all'art. 1419, comma 2°, c.c. e dunque prevedere per legge che alla nomina degli arbitri provveda, quando la clausola non si sia finora conformata

⁽³²⁾ Cass., sez. un., 12 giugno 1997, n. 5292, in *Riv. arb.*, 1997, p. 759 ss.; conforme: Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2004, n. 4791, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, p. 447 ss.

all'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, un'autorità terza, preferibilmente il tribunale delle imprese del luogo ove ha sede la società (al quale dovrebbe in realtà essere affidata in generale competenza per la nomina degli arbitri, correggendo il — oggi equivoco — rinvio al tribunale della sede) ⁽³³⁾.

4. — L'ultimo tema di rilievo che interseca la traiettoria dell'autonomia privata nella giustizia arbitrale societaria concerne la delimitazione delle materie arbitrabili.

È noto che con la riforma del 2003, e poi con quella del 2006 per l'arbitrato ordinario, il nostro legislatore ha abbandonato l'ambiguo riferimento alla transigibilità delle liti (art. 806 c.p.c. previgente), focalizzando nella « disponibilità » del diritto relativo al rapporto sociale il *discrimen* fra giustizia arbitrale e giustizia togata. Ciò ha consentito di sciogliere una volta per tutte l'antico equivoco — che risaliva addirittura ad Alfredo Rocco — dell'arbitrato come forma proceduralizzata di transazione ⁽³⁴⁾.

La formula resta tuttavia criptica: cosa significa « diritto disponibile »? Entro quali limiti, in altri termini, l'autonomia statutaria può spaziare nel definire l'area delle controversie compromettibili?

Molte le risposte che, nel tempo, sono state formulate, tutte insoddisfacenti.

Ci riferiamo innanzitutto alla tesi dell'indisponibilità dei diritti che investono interessi trascendenti quelli delle parti, vale a dire interessi di tutti i soci o della società ovvero dei creditori o di terzi in genere ⁽³⁵⁾; non vi è infatti alcuna correlazione fra legittimazione (collettiva) a disporre e disponibilità oggettiva; e comunque le attuali regole sull'intervento di soci o terzi paiono presidio sufficiente a sconfiggere i timori di chi vedeva nell'arbitrato un sofisticato mezzo di elusione di regole di tutela di interessi superindividuali.

Non dissimile sorte merita l'opinione di chi fa dipendere la disponibi-

⁽³³⁾ Pensiamo ad una società che abbia sede in un comune ove si trovi un tribunale, ma privo di sezione specializzata per le imprese. A seconda del *petitum*, potrebbe essere competente l'uno o l'altro ufficio, ma entrambi sarebbero, per le norme sulla competenza vigenti, « tribunale » del luogo ove la società ha sede se si interpreta l'espressione in senso funzionale e non geografico. Il rischio di maliziose eccezioni di incompetenza meramente defatigatorie è dietro l'angolo, ma può essere agevolmente neutralizzato.

⁽³⁴⁾ Alf. Rocco, *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 40 ss.; vedi PUNZI, *op. cit.*, p. 321.

⁽³⁵⁾ Capostipite di questo orientamento Cass., 10 ottobre 1962, n. 2910, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 29 ss.; più recentemente, Trib. Milano, 15 ottobre 2001, in *Società*, 2002, p. 737 ss., ove altri riferimenti, e Id., 18 maggio 1995, *ivi*, 1995, p. 1609 s. Si v., per alcune considerazioni critiche, del tutto condivisibili, CORSI, *Controversie societarie*, in RUBINO-SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 1335 ss.; CAPELLI, *Profili sostanziali dell'arbitrato societario*, in AA.VV., *Il diritto societario oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da Benazzo-Cera-Patriarca, Torino, 2011, p. 186 ss.

lità dal tipo di vizio, escludendola quando sia in gioco una nullità. La riforma — superando l'antica tesi della transigibilità — ha infatti eliminato l'unico argomento dotato di qualche « peso », cioè il richiamo al divieto di transazione su titolo nullo (art. 1972 c.c.).

Ancora, si escludeva spesso la compromettibilità quando fosse invocata l'applicazione di norme imperative, introducendo così una singolare equazione fra inderogabilità ed indisponibilità che non ha mai trovato alcun séguito nella civilistica più autorevole. Il punto è in effetti frutto di una visione distorta del rapporto fra arbitrato e giustizia civile, anche in questo caso incardinata nell'idea che gli arbitri siano giudici privati quasi *legibus soluti*, dunque autorizzati a disporre a piacimento delle leggi, eventualmente disapplicandole o — peggio — creandone a proprio arbitrio; e che dunque l'opzione per la giustizia laica in presenza di norme inderogabili mascheri un atto di deroga alle regole sostanziali applicabili.

Ci sembra che sull'argomento si possano svolgere due ordini di riflessioni.

Le prime, *de iure condito*, volte a offrire qualche spunto nella ricostruzione del concetto attuale di « disponibilità »; le seconde, in prospettiva di riforma, a favore del rafforzamento dell'istituto arbitrale.

Partiamo dal diritto vigente.

Muovendo dai fondamenti del diritto civile, non si fatica ad osservare che « disponibilità » ed « indisponibilità » sono semplici formule descrittive che rinviando al terreno dell'autonomia privata ⁽³⁶⁾. Autonomia che va misurata — si badi — non sul terreno dell'esercizio dell'azione bensì quello dell'esercizio del diritto: è erroneo ritenere, come si legge in alcuni luoghi, che il sintagma « diritti disponibili » dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 (e oggi anche dell'art. 806 c.p.c.) si riferisca al diritto potestativo del titolare della situazione giuridica che si pretende lesa a tutelarsi agendo in giudizio. È infatti assai chiara la legge nel predicare i « diritti » all'oggetto della lite (art. 34: « controversie [...] che abbiano ad oggetto diritti disponibili »; art. 806, specularmente: « controversie [...] che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili ») ⁽³⁷⁾. Occorre quindi marcare la netta distinzione fra effetti e presupposti della convenzione di arbitrato: in altre parole, la legge

⁽³⁶⁾ V. anche, nello stesso senso, MENGONI-REALMONTE, voce *Atto di disposizione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 191; FADDA-IASIELLO, *Le questioni arbitrabili*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, cit., p. 274 ss.; MORO, *I diritti disponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino, 2004, pp. 5 e 63.

⁽³⁷⁾ Analogamente, Trib. Milano, 10 dicembre 2010, in *Società*, 2011, p. 716; conf. anche GUIZZI, *Commento* a Trib. Napoli, 6 luglio 2010, in *Società*, 2011, p. 340 e nota 3, il quale avanza anche il dubbio che, ove si voglia ammettere la tesi qui criticata, sia possibile ricondurre il diritto di azione alla sfera dei diritti « relativi al rapporto sociale ».

consente alle parti di stipulare un negozio tipico ⁽³⁸⁾, mercé il quale esse rinunciano *in toto* al « modello » del processo civile, vale a dire alla gestione pubblica della lite, per affidarsi ad un giudice privato; tuttavia, ciò è possibile alla condizione — oggi unica e universale ⁽³⁹⁾ — che il rapporto sostanziale controverso abbia carattere disponibile.

Ciò posto, se si spinge lo sguardo al di là del ristretto ambito societario, si rinvencono molteplici casi di « disponibilità » di diritti o di situazioni giuridiche, ed invariabilmente in un'accezione che — sia pure nella varietà di sfumature delle singole fattispecie — rimanda ad un'idea, ad un concetto, quasi pregiuridico, di libertà, ed in particolare di libertà d'azione o di esercizio che si concreta — riprendendo le misurate parole di Gino Gorla — nella « signoria, riconosciuta dall'ordinamento giuridico alla persona sul diritto stesso »; signoria che, più nello specifico, è stata di volta in volta descritta come potestà di alienare, in tutto o in parte, destinare *inter vivos* o *mortis causa*, rinunciare, estinguere, limitare, perdere, modificare, ecc. una determinata situazione giuridica ⁽⁴⁰⁾.

Specularmente, allora, si può dire che l'indisponibilità si manifesta tutte le volte in cui, in qualche misura, l'ordinamento si ingerisca nelle scelte del titolare, limitandole, impedendole o indirizzandole, poiché non tollera che possano permanere e stabilizzarsi determinati assetti di interessi o situazioni giuridiche. Ora, è noto a tutti che l'autonomia privata incontra limiti più o meno stringenti (dai requisiti di forma alle regole procedurali, fino agli obblighi di conformare il regolamento negoziale a certi precetti inderogabili) ed anche la reazione alle deviazioni dagli schemi legali registra una graduazione sotto molteplici aspetti, fino a raggiungere la sua massima intensità quando — per usare parole della Cassazione ⁽⁴¹⁾ — essa

⁽³⁸⁾ Sulla natura contrattuale, sebbene peculiare, della convenzione di arbitrato si v. CERRATO, *La clausola*, cit., p. 23 ss.

⁽³⁹⁾ Nel senso che — giova ribadirlo — non siano condivisibili le affermazioni, pur autorevoli, di chi, svalutando la valenza generale del precetto della « disponibilità » consacrato nel comma 1° dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 (e nell'art. 806 c.p.c.) ammette senza limiti l'arbitrabilità delle impugnative di deliberazioni, si v. E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 522; da ultimo, CORSI, *op. cit.*, p. 1354 s. In giurisprudenza, segue questa tesi Trib. Como, 29 settembre 2006, in *Società*, 2007, p. 1277 s.; per una critica, CERRATO, *La clausola*, cit., p. 173 s. Per la posizione espressa nel testo, condivisa dalla dottrina maggioritaria, si v., anche per altri riferimenti, CAPELLI, *Profili sostanziali*, cit., p. 172 ss. note 62 ss.; da ultimo, Id., *La disponibilità dei diritti nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 674.

⁽⁴⁰⁾ Si v. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936, p. 4; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1980, p. 297; NEGRO, *Lineamenti di un trattato dell'indisponibilità giuridica*, Padova, 1957, p. 26; MORO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴¹⁾ Capostipite è Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772, in *Società*, 2006, p. 638; il principio è ripreso, anche se talvolta nel quadro di un ragionamento che ancora richiama la « teoria degli interessi », anche da altra giurisprudenza: Cass., 19 febbraio 2014, n. 3887, in *banca dati Pluris*; Id., 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Giur. it.*, 2013, p. 1101 ss.; Id., 12 settembre 2011, n. 18600, in *Società*, 2011, p. 1228, in motivazione.

è svincolata dalla volontà del privato perché affidata dalla legge al p.m. in via di azione (art. 69 c.p.c.) o al giudice della lite come eccezione rilevabile anche d'ufficio. In tali ultimi casi si assiste ad una pressoché completa compressione dell'autonomia privata, poiché al titolare del diritto che si assume violato è impedita qualsiasi scelta sulla conservazione o meno dell'assetto di interessi determinatosi in concreto; in altre parole, l'intervento officioso dell'autorità pubblica preclude al titolare la facoltà di compiere, attraverso la propria condotta passiva, un atto abdicativo del diritto: il che equivale ad affermare — richiamando quanto poc'anzi si è scritto sul concetto di disponibilità — che l'ordinamento considera non disponibile questo diritto.

D'altronde, il riconoscimento di poteri officiosi risponde ad una preoccupazione di stampo « sociale », « sul presupposto che non [sia] sufficiente il libero dispiegarsi dell'attività delle parti ad assicurare l'attuazione della legge, imponendosi l'intervento del giudice, anche al fine di sopperire alla inerzia e alla stessa ignoranza delle parti » ⁽⁴²⁾. Proprio la necessità di affidare alla magistratura un compito di tutela di valori della collettività in nome di superiori principi di ordine pubblico può spiegare l'esigenza, in siffatti casi, di sottrarre la gestione della lite al giudice privato (che pure può anch'egli esercitare analoghi poteri d'ufficio) per riservarla in esclusiva all'autorità pubblica ⁽⁴³⁾.

Giunti a questo punto, può valer la pena di « testare » sul campo la conclusione raggiunta.

L'impugnazione delle delibere di bilancio è un buon banco di prova: si tratta di una materia « ad alta litigiosità » sulla quale l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale è ricca e variegata, non raramente contraddittoria. La questione se sia o meno materia disponibile non è in effetti banale: basti pensare che, proprio negli ultimi anni, nella sede giudiziaria che tratta il maggior numero di liti d'impresa, cioè il tribunale di Milano, si sono a lungo fronteggiati due opposti orientamenti ⁽⁴⁴⁾, supportati entrambi da valide argomentazioni ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ ORIANI, voce *Eccezione*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 266 s.

⁽⁴³⁾ Sembra opportuno precisare che le conclusioni raggiunte nel testo non intendono avere valenza assoluta, bensì suggerire un criterio di verifica dell'indisponibilità da « contestualizzare » caso per caso. Si pensi, ad esempio, alle azioni di decadenza o nullità dei titoli di proprietà industriale (art. 122 c.p.i.), che possono essere promosse anche dal p.m.: ad avviso di chi scrive si tratta di materia comunque compromettibile (e in questo senso è la dottrina più autorevole: GUGLIELMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, in *AIDA*, 2006, p. 3 ss.) poiché, eccezionalmente, la legittimazione del p.m. non è espressione di una volontà dell'ordinamento di precludere ai privati ogni spazio di autonoma determinazione dell'assetto degli interessi. In questo senso milita la circostanza che, in deroga all'art. 70, comma 1°, n. 1, c.p.c., l'intervento del p.m. sia solo facoltativo (art. 122 c.p.i.): ciò significa che il legislatore considera la materia generalmente disponibile, lasciando al magistrato del pubblico ministero la valutazione della ricorrenza di ragioni superiori di ordine pubblico che esigano una compressione della libertà dei singoli.

⁽⁴⁴⁾ Si v., sul punto, Trib. Milano, 10 dicembre 2011 in *Società*, 2012, p. 713; Id.,

Procedendo gradatamente, possiamo prendere le mosse da un rilievo di ordine generale. La dottrina giuscommercialistica insegna che il mondo dei traffici commerciali è governato dalla stella polare della disponibilità, al punto che non par di ingannarsi a voler riconoscere nell'art. 1322 c.c. l'espressione più alta di un generale principio per cui l'autonomia privata è regola, mentre l'esistenza di vincoli ad essa sono eccezione ⁽⁴⁶⁾. Ciò ha immediati riflessi sull'approccio al tema che trattiamo, nel senso che deve indurre l'interprete, a nostro avviso, non a cercare quali diritti siano disponibili, bensì a indirizzare la ricerca in direzione opposta verso la delimitazione delle aree di indisponibilità in un « ambiente » di regole generalmente disponibili, adottando anche un contegno ermeneutico di maggior rigore, coerente d'altronde con il carattere eccezionale dei vincoli all'autonomia privata.

Scendendo sul piano specifico del bilancio d'impresa, giova ricordare che l'approvazione del bilancio costituisce — come è noto — il momento di sintesi e conclusione di un complesso *iter* procedimentale che coinvolge, a diverso titolo, la funzione amministrativa e contabile della società, gli organi sociali ed il revisore contabile esterno, ove presente.

La legge articola un complesso sistema di termini, in genere inderogabili quantomeno *in minus*, salvo volontà unanime, che ruotano attorno all'assemblea convocata per approvare il bilancio: il nuovo art. 2364 c.c. prevede, in parte emendando il testo previgente, che il bilancio deve essere approvato entro centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio, ovvero nel maggior termine previsto dallo statuto fino al massimo di centottanta giorni, ma solo se la società sia tenuta a redigere il consolidato oppure lo richiedano particolari esigenze relative alla struttura e all'oggetto della società. Identici termini sono imposti anche alle s.r.l., ma compatibilmente con la possibilità che l'approvazione avvenga attraverso procedura non assembleare (art. 2478-bis) ⁽⁴⁷⁾.

4 aprile 2011, *ivi*, 2011, p. 728; *Id.*, 10 marzo 2010, *ivi*, 2010, p. 773, nel senso della non arbitrabilità delle impugnative di bilancio. *Contra*, Trib. Milano, 3 giugno 2010, in *Corr., giur.*, 2011, p. 1137 ss.; Trib. Milano, 4 ottobre 2012, *ined.*; Trib. Milano, 23 luglio 2013, in *Giur. it.*, 2014, p. 635 ss.

⁽⁴⁵⁾ Da ultimo è intervenuta, proprio su uno dei precedenti ambrosiani, la Cassazione con la sentenza Cass., 10 giugno 2014, n. 13031, in *banca dati Pluris*, accogliendo, come diremo, la tesi contraria all'arbitrabilità.

⁽⁴⁶⁾ SACCO, *La parte generale del diritto civile. I. Il fatto, l'atto, il negozio*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2005, p. 379. Nel medesimo senso, CAPELLI, *Profili sostanziali*, *cit.*, p. 180 ss., spec. p. 183. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 20. L'idea che gli artt. 806 e 808 c.p.c. rappresentino una specificazione del principio di libertà delle parti di creare schemi atipici, ma nei limiti in cui perseguano interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela si legge già in FADDA-IASIELLO, *op. cit.*, p. 275.

⁽⁴⁷⁾ ZANARONE, *sub art. 2478 bis, commento*, in *Id.*, *Della società a responsabilità limitata*. Artt. 2462-2483, in AA.VV., *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2010, p. 1211 ss.

La commistione di profili procedurali e di aspetti sostanziali, che vanno a sommarsi alle regole generali che governano il processo decisorio societario, collegiale o meno, moltiplica i possibili scenari di invalidità della decisione di approvazione del bilancio.

Ora, giurisprudenza e dottrina sono adusi ricondurre i vizi del contenuto del bilancio alla fattispecie dell'illiceità dell'oggetto della delibera ⁽⁴⁸⁾ sanzionata dalla nullità ⁽⁴⁹⁾ che l'art. 2379, comma 2°, rende rilevabile anche d'ufficio. Ciò significa, in altre parole, che l'ordinamento sottrae all'autonomia privata la disponibilità dei principi di chiarezza, veridicità e correttezza del bilancio, con la conseguenza, applicando il criterio che abbiamo elaborato, della non compromettibilità della lite.

Si è tuttavia eccepito — ed è una delle tesi seguite da una parte della giurisprudenza ambrosiana ⁽⁵⁰⁾ — che il rigore di questa conclusione debba fare i conti con un sistema delle invalidità delle deliberazioni che avrebbe radicalmente compresso l'area dell'insanabilità dei vizi, come sarebbe dimostrato dalla previsione ora della sostituibilità della delibera nulla (art. 2379, comma 4°, che rinvia all'art. 2377, comma 8°), ora della decadenza della proponibilità dell'impugnazione decorso un triennio (art. 2379) ovvero il minor termine previsto per casi particolari (artt. 2379-ter e 2434) (approvazione del bilancio dell'esercizio successivo (art. 2434-bis)). Dunque, seguendo queste argomentazioni, l'area della non compromettibilità risulterebbe ristretta alla sola ed assoluta indisponibilità del diritto, cioè alle nullità insanabili ⁽⁵¹⁾.

L'affermazione è però opinabile: vero è che la riforma ha ristrutturato la disciplina delle invalidità delle delibere seguendo un complessivo dise-

⁽⁴⁸⁾ Da ultimo, Cass., 9 maggio 2008, n. 11554, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 924 ss.; Id., 7 marzo 2006, n. 4874, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Id., 8 agosto 1997, n. 7398, in *banca dati Pluris*.

⁽⁴⁹⁾ Si noti che, per vero, la giurisprudenza più recente è orientata a collocare alcuni vizi più propriamente « di contenuto » (ad esempio: contestazioni sulla denominazione di poste; sulla destinazione dell'utile; si v. Trib. Bari, 21 giugno 2007, in *Società*, 2008, p. 235 ss.; Trib. Milano, 22 febbraio 2011, in *Riv. arb.*, 2011, p. 291 ss.) al di fuori dell'area dell'illiceità dell'oggetto, con la conseguenza di sottrarli al regime della indisponibilità; nella stessa direzione di una restrizione dell'area della indisponibilità si muovono altri precedenti, anche arbitrali, che hanno provato a sceverare all'interno del concetto di « chiarezza » aree distinte di incidenza del principio e gradazioni diverse di intensità del vizio conseguente alla violazione, ammettendo la compromettibilità dell'impugnazione di bilancio, più in particolare, quando « il vizio di chiarezza ridonda in un difetto di informazione che non incide sulla struttura del bilancio, ma sulle conoscenze complementari che sono necessarie per valutarne le implicazioni »: Lodo arb., 11 marzo 2008, Grande Stevens presidente, Gambaro e Denozza arbitri, in pubblicazione in *Giur. arb.*, 2015.

⁽⁵⁰⁾ Si v. ad esempio Trib. Milano, 23 luglio 2013, cit.

⁽⁵¹⁾ Trib. Milano, 23 luglio 2013, cit.; conf., Cass., 20 settembre 2012, n. 15890, in *Società*, 2013, p. 871 ss.; Trib. Milano, 3 giugno 2010, cit.; Id., 11 gennaio 2011, ined.; Id., 13 dicembre 2012, ined.

gno di depotenziamento degli spazi di tutela reale, ma ciò nell'ottica non di un'abdicazione dalla funzione di salvaguardia della meritevolezza degli interessi, quanto piuttosto di un rafforzamento della stabilità degli atti, della certezza dei traffici, dell'incremento dell'efficienza della giustizia.

L'arretramento, sul piano processuale, della tutela invalidatoria non si traduce — a nostro sommo avviso — in un'estensione dell'area di disponibilità del diritto sostanziale, ma è il risultato di un bilanciamento fra contrapposte esigenze che il legislatore ritiene parimenti degne di protezione. D'altronde, a ben osservare, né la sostituzione della delibera, né la decadenza dall'impugnazione possono essere seriamente considerate come indice di disponibilità; la prima, lungi dall'implicare tolleranza di un assetto di interessi non volto, raggiunge esattamente l'obiettivo opposto, cioè di ripristinare la conformità a diritto (tant'è che il giudice deve verificare questa conformità: art. 2377, comma 8°); la seconda è invece frutto di una mera valutazione in termini di costi/benefici, nel senso che — secondo un ragionamento di economia e buon senso — una pronuncia di nullità decorso un certo lasso di tempo o a séguito di un determinato fatto (l'approvazione del bilancio successivo; l'esecuzione di una deliberazione) crea più inconvenienti che vantaggi; la persistenza del disvalore dell'atto è confermata d'altronde dal permanere del diritto a domandare il risarcimento del danno (arg. ex art. 2379-ter, ult. cpv.) e dalla circostanza che la sanatoria non elide il disvalore della condotta degli amministratori, la cui responsabilità sociale permane.

In questo senso, si è in effetti orientata la più recente giurisprudenza di legittimità ⁽⁵²⁾, la quale, per un verso, ha condiviso il criterio che abbiamo provato ad elaborare, cioè che sia indisponibile qualsiasi diritto la cui inosservanza determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte; per altro verso, ha rimarcato che sul regime di disponibilità o indisponibilità del diritto sostanziale non interferiscono gli strumenti processuali posti a disposizione dei soci e dei terzi a protezione dei loro interessi, trattandosi di due piani contigui ma diversi.

Quanto finora detto vale con riferimento alle società per azioni; guardando alla s.r.l. le conclusioni potrebbero invece essere diverse. L'art. 2479-ter omette, infatti, di richiamare l'art. 2379, sicché parrebbe a prima vista preclusa la rilevabilità d'ufficio della illiceità dell'oggetto della decisione. Se così fosse, dovremmo allora concludere che l'impugnativa di bilancio di s.r.l. per vizi del contenuto sia sempre arbitrabile, in quanto non reputata dal legislatore materia indisponibile, a differenza di quanto previsto per le s.p.a. Ma è controverso se l'omissione del rinvio sia una svista o frutto di scelta consapevole ⁽⁵³⁾, poiché lascia perplessa la difformità di trattamento a cui tale conclusione condurrebbe.

⁽⁵²⁾ Cass., 10 giugno 2014, n. 13031, cit.

⁽⁵³⁾ CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, V, t. 1, Padova, 2004, p. 322; GUERRIERI, *Artt. 2479-2479 ter*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, p. 2053 nota 178; PALMIERI, *L'invalidità delle decisioni*, in M. CIAN-

Pare dunque preferibile adottare un'interpretazione ortopedica che estenda anche alle s.r.l. le medesime conclusioni circa la non arbitrabilità dei vizi « di contenuto » delle deliberazioni di bilancio.

Fin qui le riflessioni *de iure condito*, dalle quali si trae una generale sensazione di ancora persistente incertezza che non può certamente giocare a favore dello sviluppo dell'arbitrato. Forse allora è venuto il momento di osare di più e chiedersi — in prospettiva di riforma — se non vi sia spazio per ripensare il limite della disponibilità.

Vorremmo provare ad offrire qualche spunto. L'indisponibilità trae fondamento, come detto, da un'esigenza dell'ordinamento di conservare, sia pure in modo selettivo, il « monopolio » dello *ius dicere* in presenza di situazioni a rischio di particolare disvalore sociale: alla volontà del singolo si sostituisce, in altri termini, la volontà collettiva dello Stato secondo le note teorizzazioni kelseniane.

Disponibilità ed indisponibilità sono però concetti « a geometria variabile ». Il catalogo di situazioni che l'ordinamento sottrae all'autonomia privata non è infatti un dato immutabile e preesistente all'ordinamento di una comunità organizzata, bensì frutto di scelte di politica del diritto influenzate di tempo in tempo da variabili storiche, sociali, culturali, economiche, ecc. Anzi: in uno stesso ordinamento ed in un dato momento storico possono coesistere anche diverse nozioni di « indisponibilità del diritto », a seconda che vi siano aree nelle quali il controllo dello Stato è più pervasivo rispetto ad altre nelle quali è lasciato maggior spazio alla libertà dei consociati. Pensiamo all'attuale assetto del nostro sistema, che presenta evidenti disomogeneità nella distribuzione delle aree di disponibilità e di indisponibilità: sul terreno dei diritti della persona e della famiglia la prima è tendenzialmente sacrificata, in omaggio anche a più o meno latenti idee filosofiche, religiose, politiche che nel tempo hanno ammantato la persona e i rapporti intimi familiari di caratteri assiologici di intangibilità ⁽⁵⁴⁾. Per contro, l'universo dei rapporti patrimoniali ed economici risulta terreno elettivo della libertà privata ed è ristretto il recinto delle situazioni non disponibili.

Muovendo da questa premessa, ci sembra che il concetto di « disponibilità dei diritti relativi al rapporto sociale » dettato dall'art. 34 debba essere ricostruito attraverso il sistema speciale di valori che permea la disciplina delle società commerciali. In questa direzione, è costante nella più recente giurisprudenza la preoccupazione che attraverso l'arbitrato si vengano a conculcare i diritti di soggetti « deboli » ovvero ad incidere su situazioni giuridiche che trascendono l'interesse del singolo socio o che sono protette da norme inderogabili.

GIANNELLI-PALMIERI-NOTARI-GUERRERA, *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in AA.VV., *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da Ibbà e Marasà, IV, Padova, 2009, p. 214.

⁽⁵⁴⁾ OLIVERO, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008, p. 30 ss.

Guardando al « nuovo » arbitrato, e tenendo conto della sua più accentuata giurisdizionalizzazione, sembra però ingiustificato il timore che l'estraniamento della lite dal circuito della giustizia togata possa aprire la strada a forme di compressione dei diritti delle parti coinvolte in un rapporto sociale, sia sul versante del contraddittorio, sia nel quadro più generale dei principi del « giusto processo »; né pare possa cogliere nel segno il riferimento alla preoccupazione « paternalistica » di protezione di interessi di parti « deboli »: se con essa ci si intende riferire ai soci risparmiatori, occorre rammentare che la tutela si esprime a monte nell'esclusione delle società quotate dall'ambito di efficacia dell'arbitrato « speciale », mentre non sembra trasparire dalle norme di disciplina dell'istituto ⁽⁵⁵⁾.

Anche l'interferenza con i terzi non pare un punto di debolezza ⁽⁵⁶⁾. Pur alla luce di una norma che ha reso l'arbitrato societario uno strumento di giustizia « del gruppo », si avverte in effetti il rischio che la natura « privata » di esso possa pregiudicare le legittime attese di tutela di coloro che non siano parte della procedura ovvero del vincolo compromissorio, come ad esempio i creditori sociali: di qui il perpetuarsi, anche dopo la riforma, dell'orientamento che esclude l'arbitrato quando siano in gioco interessi superindividuali, perché reputati spia di indisponibilità. Ma il sillogismo è artificioso: la mera contitolarità di un diritto non ne esclude il carattere disponibile, influenzando se mai sul terreno delle dinamiche di esercizio dello stesso ⁽⁵⁷⁾. E comunque non si deve dimenticare che il legislatore della riforma ha fatto quantomeno due scelte che ridimensionano in misura molto accentuata il problema di cui si discute: per un verso, ha reso efficace *ultra partes* il lodo (art. 35, comma 4°, d.lgs. n. 5 del 2003) ⁽⁵⁸⁾; per altro verso, ha escluso l'arbitrabilità delle liti che coinvolgano le società quotate, proprio quelle nelle quali è più forte il coinvolgimento di interessi diffusi.

Inoltre — e questo profilo pare ingiustamente trascurato dai più — l'attuale assetto procedurale dell'arbitrato non depotenzia più come in passato i diritti di difesa del terzo, il quale può sia intervenire nel procedimento arbitrale pendente (art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003), sia introdurre un giudizio civile autonomo che può proseguire — giusta il disposto dell'art.

⁽⁵⁵⁾ Così anche CAPELLI, *La disponibilità*, cit., p. 679.

⁽⁵⁶⁾ Così, ad esempio, Trib. Tolmezzo, 15 maggio 2009, ined.; Trib. Napoli, 6 luglio 2010, cit.

⁽⁵⁷⁾ Si tratta del punto limpidamente illustrato da ZOPPINI, *I « diritti disponibili relativi al rapporto sociale » nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, *passim*.

⁽⁵⁸⁾ BIAVATI, *op. cit.*, p. 132 s. Ed in effetti fa specie che chi anche sostiene che l'indisponibilità derivi esclusivamente da ostacoli di natura processuale che impedirebbero una equiparazione del lodo alla sentenza debba poi ammettere che, in ambito societario, il problema dell'efficacia *ultra partes* del lodo sia stato superato dal legislatore: BARLETTA, *La « disponibilità » dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1000 s.

819-ter c.p.c. — in parallelo con il primo ⁽⁵⁹⁾, sia, infine, impugnare il lodo reso *inter alios* in revocazione od opposizione (art. 831 c.p.c.).

Infine, anche la preoccupazione che l'arbitro possa non applicare norme inderogabili non ha ragion d'essere, poiché se l'arbitrato è di diritto egli deve decidere come deciderebbe il giudice ⁽⁶⁰⁾; ed in materia societaria l'arbitrato è sempre di diritto quando l'arbitro abbia conosciuto *incidenter tantum* questioni non arbitrabili o quando il giudizio concerna la validità di deliberazioni assembleari.

Sembra dunque che il « nuovo » arbitrato sia in grado di neutralizzare efficacemente i timori di un abbassamento del livello di tutela giurisdizionale che hanno finora indotto a escludere l'arbitrabilità di determinate situazioni giuridiche societarie. Viene allora da chiedersi, forse un po' provocatoriamente, se non sia venuto il momento di imprimere un'accelerazione alla materia eliminando del tutto il limite della « disponibilità », così da rendere compromettibili tutte le controversie su diritti « relativi al rapporto sociale », fatta eccezione per quelle ove sia previsto l'intervento del p.m., data l'ontologica inadeguatezza del procedimento arbitrale ad ospitare questa figura ⁽⁶¹⁾.

Non si tratterebbe di una soluzione inedita, quantomeno nel panorama europeo, dal momento che anche in Spagna, ove esiste dal 2011 una

⁽⁵⁹⁾ È chiaro che sia la possibilità di intervenire nell'altrui arbitrato, sia la possibilità di procedere con un autonomo giudizio presenta determinati svantaggi, dati nel primo caso dal costo della procedura (di regola maggiore del costo del giudizio civile) e nel secondo caso dal rischio di conflitti fra giudicati. Tuttavia si tratta, a sommosso avviso di chi scrive, non di violazioni del diritto costituzionale di difesa bensì di meri *argumenta ab inconvenienti* che non hanno la forza di ribaltare il ragionamento.

⁽⁶⁰⁾ BOVE, *op. cit.*, p. 475 s.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in questa rivista, 2005, p. 482, la quale non esclude che « una più intensa imperatività della norma porti alla indisponibilità del diritto ». Sul punto, in senso diverso, COSTI, *Arbitrato societario e impugnativa delle delibere di bilancio*, in questa rivista, 2011, suppl. al n. 1, p. 138 s., il quale giustifica la disposizione nell'ottica del carattere *erga omnes* del lodo: la circostanza che non tutti i soci siano parte del giudizio arbitrale avrebbe indotto il legislatore, ad avviso dell'autorevole giurista, a dettare una disciplina di tutela rafforzata; il che può anche essere condivisibile, ma senza per questo escludere che la disposizione sia stata anche pensata, come si diceva nel testo, al fine di disincentivare l'adesione alla tesi giurisprudenziale criticata nel testo.

⁽⁶¹⁾ Ricordiamo infatti che il divieto di arbitrare liti nelle quali è previsto l'intervento del magistrato requirente non è motivato dalla indisponibilità della relativa situazione giuridica poiché in tutti i casi in cui il p.m. interviene senza poteri autonomi (art. 72, comma 2°, che richiama l'art. 70, comma 1°, nn. 2, 3, 5 e comma 2°) egli è privo di poteri di interferenza o compressione dell'autonomia privata: così, se ben comprendiamo, anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806, commento*, in AA.VV., *Arbitrato, commentario*², cit., p. 43 s. Nel senso, invece, che tutte le controversie ove è imposto l'intervento del p.m. coinvolgono diritti indisponibili, PUNZI, *op. cit.*, p. 402.

disciplina dell'*arbitraje estatutario* ⁽⁶²⁾ — secondo quella che pare l'interpretazione più accreditata — che rende compromettibili tutte le liti societarie senza eccezioni, salvo il caso di violazione dell'ordine pubblico che rimane sempre terreno indisponibile ⁽⁶³⁾. Ma pure in Germania la *Scheidsvertrag* legittima la compromettibilità di controversie purché aventi contenuto patrimoniale, senza più riferirsi alla disponibilità.

La scelta è di sicuro apprezzabile ed efficiente, poiché elimina in radice le incertezze degli operatori sulla natura del diritto e dunque sulla « strada » (giudice o arbitro?) che deve essere percorsa.

Allo scopo, pertanto, di ridurre ulteriormente il contenzioso societario e snellire il sistema della giustizia commerciale, senza per contro privare imprese e operatori dei livelli minimi di garanzia assicurati dall'ordinamento, possiamo suggerire l'adozione di una soluzione analoga a quella spagnola e dunque la riformulazione dell'art. 34, comma 1°, d.lgs. n. 5 del 2003 eliminando il riferimento al concetto di « disponibilità ».

Ovviamente, a miglior garanzia del sistema, la decisione dovrà essere di diritto ed in tal senso sarebbe sufficiente ampliare quanto già previsto nell'art. 36, comma 1°, ult. cpv.

Alcuni studiosi hanno di recente obiettato che ad un'estensione dell'area della compromettibilità dovrebbe però corrispondere una restrizione dell'autonomia privata, in particolare imponendo sempre l'eterodesignazione dell'organo arbitrale a garanzia della loro imparzialità ed indipendenza ⁽⁶⁴⁾.

Confessiamo le nostre perplessità su questa posizione. Denunciare il rischio che, altrimenti, vi possa essere una decisione « pilotata » che disponga della situazione indisponibile in termini che un giudice non avallerebbe pare il classico *argumentum ab inconvenienti*, non dirimente. Sostenere che soltanto gli arbitri di nomina terza siano imparziali e indipendenti, invece, prova troppo, poiché allora si dovrebbe coerente-

⁽⁶²⁾ Con la *Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado*, entrata in vigore il 10 giugno 2011, il legislatore spagnolo ha introdotto, nel corpo della legge arbitrale del 2003, due disposizioni specifiche sull'arbitrato societario (artt. 11-bis e 11-ter). Per un commento, PERALES VISCASILLAS, *L'arbitrato societario in Spagna: una panoramica*, e CAINZOS, *Le best practices nella prassi arbitrale spagnola alla luce delle tendenze internazionali*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1535 ss.; MANTILLA-SERRANO, *L'Espagne retouche sa loi sur l'arbitrage de 2003*, in *Rev. Arb.*, 2011, p. 1114 ss.; PERALES VISCASILLAS, *La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, in *Arbitraje*, 2011, p. 667 ss.; FACH GÓMEZ, *El arbitraje en España: principales novedades aportadas por la Ley 11/2011*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 275 ss.

⁽⁶³⁾ A favore di questa interpretazione milita il tenore della relazione illustrativa: « eliminar las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital » e « reconocer la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas se planteen ».

⁽⁶⁴⁾ Mi riferisco a DALMOTTO, *Riduzione dell'autonomia privata ed estensione delle liti compromettibili: l'arbitrato societario*, destinato alla pubblicazione in *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, che si è potuto leggere per cortesia dell'a.

mente concludere che l'eterodesignazione debba essere imposta in qualsiasi arbitrato, societario o ordinario, che investa diritti disponibili o indisponibili, mentre i fautori della tesi qui discussa correlano l'esigenza di una nomina esterna al solo coinvolgimento nella lite di diritti non disponibili. L'eterodesignazione ha oggettivi vantaggi perché a tutti è noto che l'arbitro nominato dalla parte è spesso più o meno involontariamente incline a sostenerne le argomentazioni, ma non deve essere mitizzata, perché — a ben vedere — non offre maggiori garanzie di effettiva indipendenza ed imparzialità dell'arbitro, anzi l'assenza di regole di riconsueta del designatore rende oggettivamente più debole il sistema.

Ci pare, in realtà, che questa proposta ometta di considerare che indipendenza ed imparzialità dell'arbitro sono non tanto condizioni oggettivamente e meccanicamente dipendenti da un fattore esteriore, come la provenienza della nomina, bensì manifestazioni di una personalissima predisposizione d'animo. È però vero che l'indipendenza del foro interiore deve rispecchiarsi in un'apparenza esteriore, ancorata, questa sì, ad indici oggettivi che sono comunemente connotati « in negativo », cioè come assenza di determinati rapporti o relazioni che possano apparire idonee a compromettere l'indipendenza ⁽⁶⁵⁾.

Si tratta, senza dubbio, di un tema che potrebbe meritare più meditate riflessioni che in questa sede non possono essere ancora sviluppate.

5. — L'indagine condotta restituisce un quadro dai toni contrastanti. Il sacrificio dell'autonomia privata — fulcro dell'arbitrato — ha giovato al superamento di debolezze congenite dell'istituto sul terreno societario; dall'altro lato, però, rischia di limitare l'*appeal* per questo strumento alternativo di risoluzione delle controversie.

Resta però forte la sensazione che l'arbitrato societario sia ancora alla ricerca di sé stesso e che sia maturo il tempo per imprimere all'istituto una vitalità nuova, anche in una prospettiva di revisione della disciplina generale. D'altronde, già nel 2003 l'arbitrato societario ha rappresentato un « laboratorio di sperimentazione » avanzata di soluzioni, poi estese al diritto comune con la riforma del 2006.

Non si tratta, ovviamente, di stravolgere un istituto che ha dato buona prova di sé, bensì soltanto di correggere alcune « stonature » e procedere ad un intervento di *maquillage* normativo in alcuni punti topici. La rimozione del limite della disponibilità dei diritti può costituire una scelta audace, ma tutto sommato forse coerente con il percorso evolutivo che è stato compiuto grazie all'instancabile opera di tessitura di dottrina, giurisprudenza ed operatori.

Non sappiamo se gli auspici si tradurranno in realtà. La politica si sta dimostrando sensibile a queste tematiche e l'attuale *iter* parlamentare di alcuni provvedimenti di riforma della giustizia potrebbe rappresentare

⁽⁶⁵⁾ FAZZALARI, *op. cit.*, p. 1 ss.

un'occasione di intervento. Occorre però evitare che il nostro Paese si isoli più di quanto già lo sia dal contesto internazionale dell'arbitrato: poiché il rischio non è solo di essere emarginati negli arbitrati internazionali bensì — e sarebbe più grave — di alimentare una fuga delle nostre imprese dall'arbitrato domestico verso l'estero. E un ordinamento che non sa garantire giustizia ai propri cittadini ha fallito una delle sue essenziali missioni.

Ci piace però sperare e terminare con le parole di uno scrittore contemporaneo, la cui vita è testimonianza del coraggio di provare ad andare oltre.

« Vola soltanto chi osa farlo »: l'augurio è che non sia troppo tardi per provarci.

STEFANO A. CERRATO
Associato dell'Università di Torino